

MEIO AMBIENTE E CONSTITUIÇÃO : uma primeira abordagem

ANTONIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN¹
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

As primeiras constituições objetivavam resguardar o cidadão contra governantes arbitrários, penas vexatórias ou cruéis, e apropriação da propriedade sem justa causa ou indenização. Hoje, no mundo civilizado, as pessoas comuns, mais do que com a ameaça às suas liberdades, assustam-se, dentre outros malefícios, em particular com a contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos. É inegável a atualidade e gravidade desses riscos, que afetam ou podem afetar todos os membros da comunidade, indistintamente², riscos que integram a esfera daquilo que poderíamos apelidar de *segurança ambiental*, bem de cunho coletivo.

Instrumento típico nesses primeiros arcabouços constitucionais era a edição de uma Carta de Direitos (= Bill of Rights, como no caso americano), desenhada de tal modo a resguardar os cidadãos em face do Estado-Rei opressor. Hoje, é certo, a grande maioria dos cidadãos ainda espera a tutela forte que decorre da norma constitucional. Salvaguardas, entretanto, dirigidas não apenas contra o Estado, mas também contra uma minoria de sujeitos privados que, no drama ambiental ou em outros campos, não aparecem exatamente como vítimas indefesas de abusos estatais, mas como candidatos à repreensão e correção³.

Só na década de 70 - por razões que não é próprio aqui esmiuçar - os sistemas constitucionais começaram, efetivamente, a

¹ Procurador de Justiça em São Paulo, fundador e ex-presidente do Instituto "O Direito por um Planeta Verde", professor de Direito Ambiental Comparado nas Universidades do Texas e Illinois e membro da Comissão de Direito Ambiental da UICN.

² Eric T. Freyfogle, *Should we green the bill?*, in University of Illinois Law Review, vol. 1992, p. 166.

³ William H. Rodgers, Jr., *Environmental Law*, 2nd edition, St. Paul, West Publishing Co., 1994, p. 66.

reconhecer o ambiente como valor merecedor da tutela maior⁴. Note-se que o clamor por um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (para usar aqui a expressão adotada na nossa Constituição de 1988) emerge, na sua origem, em fórmula estritamente antropocêntrica, como componente mais amplo da dignidade humana; só mais tarde, toma corpo uma concepção biocêntrica (integral ou mitigada), que gradativamente afasta-se de uma vinculação exclusiva aos interesses estritamente antropogênicos⁵.

Foi assim com as novas constituições dos países que se libertavam de regimes ditatoriais, como, numa primeira leva, Grécia (1975)⁶, Portugal (1976)⁷ e Espanha (1978)⁸. Posteriormente, numa

⁴ Cabe ressaltar que, de forma pioneira, todos os antigos países comunistas do leste europeu previam, mas não implementavam, normas constitucionais vocacionadas à tutela do meio ambiente.

⁵ Cf. Karl-Heinz Ladeur, *Environmental constitutional law*, in Gerd Winter (editor), *European Environmental Law: A Comparative Perspective*, Aldershot, Dartmouth, 1994, p. 18.

⁶ Trata-se do art. 24:

"1) A proteção do meio ambiente natural e cultura] constitui uma obrigação do Estado. O Estado tomará medidas especiais, preventivas ou repressivas, com o fim de sua conservação. A lei regula as formas de proteção das florestas e espaços arborizados em geral. Está proibida a modificação da afetação das florestas e espaços arborizados patrimoniais, salvo se sua exploração agrícola tiver prioridade do ponto de vista da economia nacional ou de qualquer outro uso de interesse público.

2) A gestão do território, a formação, o desenvolvimento, o urbanismo e a extensão das cidades e regiões urbanizáveis são regulamentados e controlados pelo Estado, com o fim de assegurar a funcionalidade e desenvolvimento das aglomerações humanas e as melhores condições de vida possível.

3) Os monumentos assim como os lugares históricos e seus componentes estão sob a proteção do Estado. A lei fixa as medidas restritivas da propriedade para assegurar esta proteção, assim como as modalidades e natureza da indenização dos proprietários prejudicados."

⁷ Estabelece o atual artigo 66 ("Ambiente e Qualidade de Vida") da Constituição portuguesa: " 1 - Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender. 2 - Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo e apoio a iniciativas populares: a) Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b) Ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correcta localização das actividades, um equilibrado desenvolvimento sócio-económico e paisagens biologicamente equilibradas; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico; d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de remoção e a estabilidade ecológica."

⁸ É o art. 45: "1) Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2) Los poderes públicos

segunda onda, vieram países como o Brasil⁹, ainda em período marcado pela influência direta da Declaração de Estocolmo de 1972. Finalmente, após a ECO-92, outras Constituições foram promulgadas ou reformadas, incorporando, expressamente, o conceito de desenvolvimento sustentável¹⁰.

Em todas essas constituições, o meio ambiente perde o seu estado periférico, ingressando na órbita dos valores fundamentais dos pactos políticos nacionais, privilégio esse que outros bens sociais igualmente relevantes levaram décadas, quando não séculos, para atingir.

1. SENTIDO DA ANÁLISE DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE

Tendo o Direito Ambiental, nos dias atuais, alcançado o patamar de maturidade, após uma evolução de pouco mais de trinta anos,

velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la inexcusable solidaridad colectiva. 3) Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado."

⁹ Sobre a proteção constitucional do meio ambiente no Brasil, cf., dentre outros, Antônio Herman V. Benjamin (coordenador), *Dano Ambiental: Prevenção. Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1.993; Antônio Herman V. Benjamin, José Carlos Meloni Sícoti e Paulo Roberto Salvini, *Manual Prático da Promotoria de Justiça do Meio Ambiente*, São Paulo, Procuradoria-Geral da Justiça, 1.997; Celso Antonio Pacheco Fiorillo e Marcelo Abelha Rodrigues, São Paulo, Max Limonad, 1.997; Cristiane Derani, *Direito Ambiental Econômico*, São Paulo, Max Limonad, 1.997; Édis Milaré, *A Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1.990; José Afonso da Silva, *Direito Ambiental Constitucional*, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1.995; Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 7ª edição, São Paulo, Malheiros, 1.998; Vladimir Passos de Freitas, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, 2ª edição, Curitiba, Juruá, 1.998; -, coordenador, *Direito Ambiental em Evolução*, Curitiba, Juruá, 1.998.

¹⁰ Cf., p. ex., a Constituição argentina de 1994, na qual observa-se, claramente, a influência da definição de desenvolvimento sustentável de "Nosso Futuro Comum" ("as actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras"): "Artículo 41 - Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarias, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos."

muito breve para os padrões jurídicos, é tentador e fácil enxergar nos "direitos ambientais" verdades auto-evidentes, para as quais seria descabido ou desnecessário procurar subsídios dogmáticos ou explicação teórica. Quando assim procedemos, terminamos, sem querer, por condenar tais direitos, de alta complexidade, a permanecerem circundados por uma aura de ambigüidade¹¹, o que, a rigor, prejudica seu entendimento e, pior, dificulta sua aplicação.

Notadamente em países que ignoram ou desprezam a norma constitucional em favor do ordenamento ordinário, temos o dever de buscar os fundamentos remotos, em especial os constitucionais, do Direito Ambiental, mesmo quando este, na superfície, transmita uma aparência de consolidação. E, sem dúvida, o anseio por essa configuração teórica em bases sólidas, não há como fugir, deve começar e terminar pelo texto da constituição.

Como é sabido, todas as Constituições modernas, orientadas pelo princípio da livre iniciativa, garantem o direito de propriedade privada. A crise ambiental do Século XX, contudo, não deixa, até certo ponto, de ser também um dos subprodutos dos exageros desse modelo de domínio, onde, à míngua de determinações legais explícitas restritivas da exploração predatória e não-sustentável dos recursos naturais, estimulava-se o entendimento de que ao proprietário tudo era permitido - inclusive destruir o que lhe pertencesse -, desde que respeitados alguns limites mínimos, conectados à satisfação de contra-interesses de seus vizinhos individuais.

Era imperioso, pois, contrabalançar tal rigor privatístico, de coisificação da natureza, corrigindo as distorções produzidas por uma doutrina e jurisprudência insensíveis à degradação ambiental. A princípio, tal aspiração foi tentada, em contexto mais amplo, nas próprias Constituições, com o uso do instituto da *função social* da propriedade,

¹¹ Joseph L. Sax, *The search for environmental rights*, in *Journal of Land Use & Environmental Law*, vol. 6, 1990, p. 96.

incluída nos regimes constitucionais da primeira metade do Século XX, com o objetivo original de legitimar a intervenção do Estado na regulação do trabalho, das relações contratuais e do mercado em geral.

No período anterior e nos primórdios do Direito Ambiental, até a década de 70, imaginava-se que, como expressão renovadora do conteúdo do direito de propriedade, a função social serviria de ponto de partida e apoio ao ajustamento conclamado pelas novas demandas sociais abrigadas pelo Estado Social, aí se incluindo, o meio ambiente. Em tal ótica, mesmo sem um reconhecimento explícito do meio ambiente como tal no quadro constitucional, uma releitura interpretativa (legislativa e judicial) da função social bastaria para legitimar um novo regime jurídico da natureza, agregando aspectos ecológicos ao uso (e abuso) da propriedade.

Mas, temos prática nisso no Brasil, a evolução e reforma do Direito via labor exegético levam tempo. E tempo é exatamente o que não temos em sede ambiental, diante do caráter catastrófico ou irreversível de muitos dos atentados à natureza. Nesse sentido, logo a fórmula da ampliação interpretativa da função social da propriedade mostrou-se insuficiente, tanto no campo doutrinário, como no terreno da jurisprudência. Não é fácil mudar, dessa forma indireta, todo um paradigma de exploração não-sustentável dos recursos naturais. Sem falar que, até hoje, a função social, como tal, ainda busca uma afirmação concreta no campo das decisões judiciais.

Essa uma das razões pelas quais as Constituições mais recentes, por poder constituinte originário ou derivado, foram levadas a incluir, no seu corpo, a proteção do meio ambiente. Desse modo, relegitima-se, numa perspectiva mais ampla e profunda, direitos que, de uma forma ou de outra, os indivíduos e a coletividade sempre foram detentores, como limites intrínsecos ao direito de propriedade privada.

Com esse movimento de constitucionalização do meio ambiente, firma-se também uma nova postura (= nova ética), através da

qual a fria avaliação econômica dos recursos ambientais perde sua primazia exclusivista e individualista, uma vez que precisa ser, sempre, contrabalançada com a saúde dos cidadãos, as expectativas das futuras gerações, a manutenção das funções ecológicas, os efeitos a longo prazo da exploração os benefícios do uso-limitado (e até do não-uso) da natureza.

2. CONVENIÊNCIA DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO AMBIENTE: BENEFÍCIOS E RISCOS

No debate constitucional, uma pergunta inicial que se põe é a seguinte: seria a previsão da proteção do ambiente na Constituição realmente indispensável à atuação do legislador ordinário e do implementador (órgãos ambientais, juizes, Ministério Público, ONGs e vítimas de degradação)?

A experiência comparada parece indicar que, embora não imprescindível, o reconhecimento constitucional expresso de direitos e deveres inerentes ao nosso relacionamento com o ambiente é, jurídica e praticamente, útil, devendo, portanto, ser estimulado e festejado.

No passado, antes mesmo do movimento de constitucionalização da proteção do ambiente, a inexistência de previsão constitucional inequívoca não inibiu o legislador, aqui como lá fora, de promulgar leis e regulamentos que, de uma forma ou de outra, resguardavam os processos ecológicos e combatiam a poluição. Assim, p. ex., no Brasil, onde o Código Florestal (1965), a Lei de Proteção à Fauna (1967) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiental, todas extremamente avançadas, foram editadas em período anterior à Constituição Federal de 1988.

Ainda hoje, importantes sistemas jurídicos, aí incluindo-se os Estados Unidos, França (1958¹²) e a Itália (1947), protegem o ambiente

¹²Segundo Prieur, na França a proteção ambiental não é ainda uma liberdade pública constitucionalmente garantida, não obstante ter a Lei de 2 de fevereiro de 1995 admitido

sem contar com apoio expresso ou direto na Constituição. Em todos eles, doutrinadores e juizes procuram "depreender de outros princípios ou de outros direitos um princípio de defesa do ambiente, com as decorrências inerentes"¹³. No regime italiano, é na salvaguarda da saúde (art. 32¹⁴) que se vai, amiúde, buscar apoio para amparar o meio ambiente¹⁵, compreendendo-se o direito à saúde como "direito ao ambiente sadio"¹⁶. No México, não deram resultado até agora os esforços daqueles que pregam a necessidade da consagração constitucional de um direito fundamental a um meio ambiente adequado¹⁷.

Não obstante essa constatação, razões várias recomendam a constitucionalização do ambiente, podendo ser esta considerada uma tendência mundial irreversível, o que certamente não passou despercebido ao constituinte brasileiro de 1988.

Superada a questão genérica da conveniência da constitucionalização, vejamos agora seus benefícios e riscos.

2.1 Benefícios da constitucionalização

São inúmeros e de várias ordens os benefícios auferidos com a constitucionalização da proteção do meio ambiente. Alguns apresentam *caráter substantivo*, isto é, reorganizam a equação de direitos e deveres

um direito de todos a um ambiente sadio (Michel Prieur, *Droit de l'Environnement*, 4e édition, Paris, Dalloz, 2001, p. 56).

¹³ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1993, p. 472.

¹⁴ Art 32 - La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti.

¹⁵ Para Guerio D'Ignazio, embora a Constituição italiana não contenha uma disciplina orgânica da matéria ambiental, o aplicador pode se amparar em dispositivos isolados, como o art. 9o, que trata da proteção da paisagem, ou o art. 32, segundo o qual a saúde é "direito fundamental do indivíduo e de interesse da coletividade". Cf. Guerio D-Ignazio, *La protezione della natura nell'ordinamento italiano*, in Luca Mezzetti (a cura di), / *Diritti della Natura. Paradigmi di Giuridificazione dell' Ambiente nel Diritto Pubblico Comparato*, Milani, CEDAM, 1997, p. 28.

¹⁶ Cf. Vezio Crisafulli e Livio Paladin, *Commentario Breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 1990, p. 217.

¹⁷ Para uma excelente análise da Constituição mexicana, cf. Raul Bráfies, *Manual de Derecho Ambiental Mexicano*, 2ª edición, Cidade do México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp.65-105.

que caracteriza a ordem jurídica. Outros, diversamente, relacionam-se com a afirmação concreta ou implementação das normas de tutela ambiental - são benefícios *formais ou externos*. Começemos pelos benefícios substantivos.

O primeiro aspecto positivo que se observa nos vários regimes constitucionais do meio ambiente (inclusive o brasileiro) é o estabelecimento de um inequívoco "*dever de não-degradar*", contraposto ao "direito de explorar" inerente ao direito de propriedade clássico, no modelo brasileiro previsto no art. 5º, da Constituição Federal. Trata-se de dever com força vinculante plena e inafastável, não sujeito à discricionariedade estatal ou à livre opção do indivíduo¹⁸. Sendo de ordem pública, não cabe escolha entre respeitá-lo ou desconsiderá-lo, abrindo-se, nesta última hipótese, a avenida dos instrumentos reparatórios e sancionatórios, posto à disposição do Estado e das vítimas.

É alteração radical do paradigma clássico da exploração econômica da terra. Nesse enfoque, o regime da propriedade passa do "direito a explorar, respeitado o direito de vizinhança" para o "direito a explorar só e quando respeitados a saúde humana e a manutenção dos processos e funções ecológicos essenciais", fórmula que vai muito além dos limites estreitos da vizinhança física do proprietário, na visão civilística.

Em tal equação renovada, não é incomum o reconhecimento da inversão do ônus da prova da inofensividade da atividade proposta, da expansão da necessidade de licenciamento e da responsabilidade objetiva na reparação dos danos causados¹⁹. Num e noutro caso, fica claro o fim redistributivo dos benefícios e custos ambientais, reposicionando a face real da degradação ambiental: uma apropriação indevida de atributos naturais,

¹⁸ Richard O. Brooks, *A constitutional right to a healthful environment*, Vermont Law Review, 1992, vo. 16, p. 1110.

¹⁹ John A. Chiappinelli, *The right to a clean and safe environment: a case for a constitutional amendment recognizing public rights in common resources*, in Buffalo Law Review, vol. 40, 1992, p. 604.

onde os benefícios são monopolizados por poucos (= os poluidores) e os custos são socializados entre todos (= a coletividade).

Além da instituição desse inovador "dever de não-degradar", os mais recentes modelos constitucionais elevam a tutela ambiental ao nível não de um direito qualquer, mas de um *direito fundamental*, em pé de igualdade com outros também previstos no quadro da Constituição, entre os quais se destaca, por razões óbvias, o direito de propriedade privada.

Assim configurada, a proteção ambiental deixa, definitivamente, de ser um interesse menor ou accidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de intermináveis discussões científicas ou poéticas. Aqui, o meio ambiente é alçado ao patamar máximo do ordenamento, privilégio que outros valores sociais relevantes só depois de décadas ou mesmo séculos lograram conquistar. E tratando-se de direito fundamental, a norma que dele cuida tem aplicabilidade imediata²⁰.

De relevante efeito prático, a caracterização do meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental traz consigo três qualidades consideradas inerentes a tal tipologia: a *irrenunciabilidade*, a *inalienabilidade* e a *imprescritibilidade*²¹. Irrenunciabilidade conquanto, embora tal direito conviva com a omissão de exercício (a passividade corriqueira da vítima ambiental), não aceita renúncia apriorística; inalienabilidade na medida em que, por ser de exercício próprio, é intransferível, inegociável, pois possui titularidade pulverizada e personalíssima, incapaz de apropriação individual; finalmente, imprescritível, já que têm perfil intertemporal, consagrando entre seus beneficiários inclusive os incapazes de exercitarem seus direitos diretamente e até as gerações futuras.

²⁰ "As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (Constituição Federal, art. 5º, par. 1º).

²¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, f 994, p. 166.

Tanto como dever de não-degradar, como na fórmula de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a constitucionalização presta-se para contrabalançar as prerrogativas tradicionais do direito de propriedade, com a imposição de limitação tanto implícitas como explícitas (p. ex., a função sócio-ambiental da propriedade²²).

Em adição ao "dever de não-degradar" e ao "direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado", as normas constitucionais ambientais modificam o substrato normativo que circunda o funcionamento do Estado. Legitimam e facilitam - e, por isso, obrigam - a intervenção estatal, regulatória ou não, em favor do ambiente, o que não é pouco em tempos de declínio de confiança nas instituições estatais²³. Fincam os marcos divisórios daquilo que podemos denominar *ordem pública ambiental constitucionalizada*.

Intervenção estatal que deve ser preventiva (e de precaução) e positiva, na esteira do reconhecimento de que a nossa é uma era que crescentemente aceita e até exige governabilidade afirmativa²⁴. Os direitos ambientais são umbilicalmente associados à agenda do *Welfare State*, bem mais complexos que os direitos constitucionais clássicos, dirigidos, de modo preponderante, quando não exclusivo, em face do Estado, dele se esperando uma abstenção e não, a rigor, uma intervenção. Por isso, seu desiderato maior não é uma abstenção estatal, mas, ao contrário, um chamamento a prestações positivas e afirmativas por parte da Administração. Uma demanda para que assegure, como direito de todos os cidadãos, um certo nível de liberdade contra riscos ambientais e, ao mesmo tempo, acesso aos benefícios ambientais²⁵.

²² No caso brasileiro, cf. o art. 186, inciso II.

²³ Richard O. Brooks, *art. cit.*, p. 1107.

²⁴ Lawrence H. Tribe, *American Constitutional Law*, 3rd edition, vol. 1, New York, Foundation Press, 2000, p. 16.

²⁵ Joseph L. Sax, *The search ... cit.*, p. 95.

Vistos, por outro ângulo, os comandos constitucionais produzem uma irrecusável redução da discricionariedade da Administração Pública, pois impõem ao administrador o permanente dever de levar em conta o meio ambiente, na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optando sempre, entre várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico. Daí que a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos devem levar em consideração o meio ambiente em suas decisões (art. 225, *caput*, e par. 1º) faz com que se adicione, a cada uma das missões primárias dos vários órgãos da Administração, a tutela ambiental. Desvio desse dever pode caracterizar improbidade administrativa.

Finalmente, entre tantos outros benefícios da constitucionalização, conforme a dicção utilizada pelo legislador constitucional é possível extrair-se da norma reconhecedora da tutela ambiental como valor essencial da sociedade *legitimação para agir* automática, conferindo aos cidadãos, de modo coletivo, a possibilidade de questionar, administrativa e judicialmente, as hipóteses de ofensa à natureza, à parte de qualquer regulação processual posterior. Isso porque os direitos e obrigações constitucionais só têm sentido na medida em que podem ser implementados e usados²⁶.

São esses, então, alguns dos benefícios *substantivos* ou *materiais* da constitucionalização do regime ambiental. Vejamos, agora, alguns dos *benefícios formais* (ou *externos*), isto é, vantagens que operam no terreno da aplicação da tutela jurídica do meio ambiente.

Inicialmente, a Constituição, na pirâmide ordenamento, é dotada de máxima visibilidade e respeitabilidade. Como bem lembra José Afonso da Silva, pela via constitucional "certos modos de agir em sociedade transformam-se em condutas humanas valoradas historicamente e

²⁶ Chester James Antieau and William J. Rich, *Modern Constitutional Law*, vol. 3, second edition, St. Paul, West Group, 1997, p. 660.

constituem-se em fundamento do existir comunitário"²⁷. Trata-se, por conseguinte, de norma superior na hierarquia legislativa; santuário legislativo dotado de preeminência normativa (Canotilho), pois cuida de valores fundamentais da sociedade. Sobre ela se diz ser um modelo para os cidadãos, propiciando, por tudo isso, uma maior probabilidade de conhecimento, especialmente pelo implementadores (administração e judiciário).

O texto constitucional resguarda valores e interesses fundamentais em detrimento ou com sacrifício de outros. Quando elevamos esses valores ao seio constitucional, o que fazemos é, por exclusão, colocá-los acima do resto, "no ordenamento e na mente da sociedade"²⁸. A norma constitucional tem, por isso mesmo, valor didático e fica lá como permanente lembrança da posição dorsal do meio ambiente.

Além disso, a constitucionalização, especialmente em Constituições rígidas como a nossa²⁹, é acompanhada por uma certa *segurança normativa*, seja porque os direitos e garantias individuais são considerados norma pétrea³⁰, seja ainda em decorrência da previsão de um procedimento rigoroso para as emendas constitucionais³¹. Em ambos os casos, alcança-se um patamar único de durabilidade legislativa no ordenamento, o que funciona como barreira à desregulamentação e alterações ao sabor de crises e emergências momentâneas.

Por outro lado, através da constitucionalização substituímos o *paradigma da legalidade ambiental*³² pelo *paradigma da constitucionalidade ambiental*, onde a constitucionalidade toma o lugar da legalidade na sua

²⁷ José Afonso da Silva, Curso... cit., p. 41.

²⁸ Eric T. Freyfogle. art. cit., p. 166.

²⁹ José Afonso da Silva, Curso... cit., p. 47.

³⁰ Constituição Federal, arts. 5º, par 2º, c.c. art. 60, par. 4o, inciso IV

³¹ Constituição Federal, art. 60.

³² Antes de 1988, protegia-se o meio ambiente apenas pela força da lei; assim, p. ex., o Código Florestal de 1965, Lei de Proteção à Fauna de 1967 (antigo Código de Caça) e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, já citados.

função de veículo e resguardo de valores essenciais³³, firmando-se, a partir daí, conforme já vimos, uma *ordem pública ambiental constitucionalizada*.

Outra importante vantagem de cunho formal que advém da constitucionalização é permitir o controle de constitucionalidade de atos normativos hierarquicamente inferiores (controle formal e material)³⁴. Como se sabe, "todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal"³⁵.

E tal conformidade com os padrões constitucionais, "não se satisfaz apenas com a atuação positiva de acordo com a constituição. Exige mais, pois omitir a aplicação de normas constitucionais quando a Constituição assim determina constitui também conduta inconstitucional"³⁶. Naquele caso, temos a inconstitucionalidade por ação; neste, por omissão³⁷, seja por deixar-se de praticar ato legislativo, seja pela displicência na afirmação de ato executivo. E tal controle de constitucionalidade, nos termos da Constituição Federal, pode ser exercido de modo difuso ou concentrado, isto é, por via de exceção, a cargo de qualquer interessado em processo judicial em curso, ou por ação direta de inconstitucionalidade, esta última com legitimação ativa em *numerus clausus*, nos termos do art. 103, da Constituição.

Por derradeiro, a norma constitucional, em especial em países com firme tradição constitucional, é uma poderosa ferramenta exegética, sendo usada no cotidiano da prática administrativa ou judicial; pode ser um verdadeiro guia para a boa compreensão da norma infraconstitucional por juizes, administradores e outros destinatários. Exatamente porque a proteção constitucional do meio ambiente situa-se numa posição elevada

³³ Louis Favoreu et alii, *Droit Constitutionnel*, Dalloz, 1998, pp. 343 e 345.

³⁴ Essa faceta da constitucionalização me foi lembrada por Rogério Campos, estudante da UnB, durante palestra que fiz no STJ, em 10.5.2001.

³⁵ José Afonso da Silva, *Curso... cit.*, p. 47.

³⁶ José Afonso da Silva, *Curso... cit.*, p. 48.

³⁷ Constituição Federal, art. 103, par. 2 .

na hierarquia das normas, os comandos dessa envergadura servem de guia para a (re)leitura do direito positivo nacional³⁸, em particular no balanceamento de interesses conflitantes³⁹.

2.2 Riscos da constitucionalização

Alguns riscos podem ser apontados no processo de inserção do meio ambiente no quadro constitucional.

De um lado, fala-se nos perigos de constitucionalização de conceitos, direitos e obrigações insuficientemente amadurecidos, mal-compreendidos ou até incorretos ou superados (p. ex., a noção de *equilíbrio ecológico*).

De outra parte, consequência das garantias previstas na própria Constituição, há, como já notado, todo um procedimento mais rigoroso para modificação da norma constitucional, o que dificulta sua atualização e retificação. Como é curial, o meio ambiente, seus componentes e as ameaças de degradação⁴⁰ são dinâmicos, estando em permanente transformação e evolução⁴¹. Não é por outra razão que as leis ambientais são conhecidas exatamente pela sua mutabilidade; nelas, segurança jurídica é sinônimo de contínua adaptação e alteração, ao contrário do que se dá em outras esferas da regulação jurídica.

Por derradeiro, tanto mais em países sem forte tradição constitucional, paira sempre a sombra das normas constitucionais retóricas, com mínimo ou nenhum impacto concreto na operação jurídica do cotidiano

³⁸ Jean-François Neuray, *Introduction Générale, in L'Actualité du Droit de L'Environnement* (Actes du Colloque des 17 et 18 novembre 1994), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 21.

³⁹ Karl-Heinz Ladeur, *art. cit.*, p. 26.

⁴⁰ Acertadamente lembrava Pontes de Miranda que "O processo econômico é o mais instabilizador, revolvante, móvel, de todos, exceto a Moda" (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição* de 1967, Tomo I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1967, p. 164).

⁴¹ Alexandre Kiss and Dinah Shelton, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1997, p. 9.

das pessoas⁴². Quem pouco valor dá ao texto constitucional em outros campos mais tradicionais, pouca atenção vai dedicar à tutela ambiental constitucionalizada.

3. DA SAÚDE AO MEIO AMBIENTE

Já notamos que a tutela legal do ambiente no Brasil tem início na década de 60 e consolida-se nos anos 80 e 90. Quais os fundamentos constitucionais utilizados, à época, para justificar e legitimar tal intervenção legislativa, se, como sabemos, só a Constituição Federal de 1988 abrigou, expressamente, a proteção ambiental como direito e dever de todos?

Paulo Affonso Leme Machado, na primeira edição do seu hoje consagrado *Direito Ambiental Brasileiro*, pregava, ainda em 1982, que o meio ambiente merecia "melhor formulação na Constituição Federal. O fato, contudo, da inexistência de um ordenamento específico não pode ser entendido como inibidor das regras sobre a defesa e proteção da saúde notadamente"⁴³. E acrescentava: "Se de um lado a Constituição não tratou o ambiente de forma abrangente e global, de outro lado, muitas matérias que integram o tema ambiente foram contempladas no texto maior do país. Assim, águas, florestas, caça, pesca, energia nuclear, jazidas, proteção à saúde humana foram objeto das disposições constitucionais"⁴⁴.

Realmente, a lacuna nas ordens constitucionais anteriores a 1988 não foi sério óbice à regulamentação legal de controle das atividades

⁴² Fenômeno este que sucede até mesmo em nações com forte tradição constitucional. É o caso, p. ex., da pífia aplicação que se faz nos Estados Unidos das normas de proteção ambiental inseridas nas Constituições dos Estados federados. Assim, a Constituição da Pennsylvania (art. I, par. 27), uma das mais explícitas: "O povo tem o direito ao ar limpo, água pura, e à preservação dos valores naturais, paisagísticos, históricos e estéticos do meio ambiente. Os recursos naturais públicos são propriedade comum de todas as pessoas, incluindo as futuras gerações. Como depositário (trustee) desses recursos, o Estado deve conservá-los e mantê-los para o benefício de todos". Como bem resume William Rodgers, na Pensilvânia e em outros Estados que constitucionalizaram a proteção do meio ambiente, tais normas não encontraram maior ressonância prática, "algumas delas sendo explicitamente sepultadas por decisões judiciais aceitando que tais dispositivos não seriam auto-executáveis" (William H. Rodgers, Jr., *ob. cit.*, p. 66).

⁴³ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental Brasileiro*, 1ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982, p. 8.

⁴⁴ Paulo Affonso Leme Machado, *Direito Ambiental...* cit. (1ª edição), p. 8.

nocivas ao ambiente ou, mais comum, aos seus elementos. Faltando uma base incontroversa de apoio na Constituição, o legislador ordinário foi buscar suporte ora na proteção da *saúde*⁴⁵ (sob o argumento de que ela não pode ser assegurada em ambiente degradado), ora no regramento da *produção e consumo*⁴⁶.

O Ministro José Celso Mello, escrevendo sob o império da Constituição de 1969, apontava que "A tutela jurídica do meio ambiente decorre da competência legislativa sobre defesa e proteção da saúde"⁴⁷.

Ou seja, degradação ambiental, ausente melhor apoio constitucional, seria sinônimo de degradação sanitária, ou, pior, mero apêndice do universo maior da produção e do consumo. Uma argumentação de cunho estritamente homocêntrica, com indisfarçável conteúdo economicista e utilitarista.

Naquele período, tal raciocínio vingou e serviu para dar sustentação à intervenção legislativa, recebendo, inclusive, respaldo judicial. Hoje, contudo, num juízo retrospectivo, bem podemos verificar o caráter limitado desse esforço, *eticamente insuficiente e dogmaticamente frágil*.

Eticamente insuficiente porque a tutela ambiental vem, de modo gradativo, abandonando a rigidez de suas origens antropocêntricas,

⁴⁵Segundo Hélio Gomes, "É axioma popular que a saúde é o maior e o melhor bem da vida" ((Helio Gomes, Direito de cura, in Direito, vol. XV, 1.942, p. 90). E continua: "Sendo assim um bem tão estimável, a saúde não poderia deixar de ser legalmente protegida e amparada. E o foi. Os países civilizados criaram o chamado - DIREITO À SAÚDE - constitucionalmente consagrado entre nós pela Carta Magna de 1937, embora leis anteriores já cuidassem da matéria" (art. cit p. 92).

Ao contrário do meio ambiente, a saúde foi formalmente tratada, sob vários enfoques, por diversas constituições anteriores a 1988 (Paulo Eduardo Elias, A saúde como política social no Brasil, in Associação Juizes para a Democracia, Direitos Humanos: Visões Contemporâneas, São Paulo, 2001, p. 136).

⁴⁶ A Constituição de 1.969 previa, expressamente, a competência da União para legislar sobre "defesa e proteção da saúde" (art. 8, inciso XVII, alínea c), in fine) e "produção e consumo" (art. 8, inciso XVII, alínea d).

⁴⁷ José Celso de Mello Filho, *Constituição Federal Anotada*, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 40.

incorporando uma visão mais ampla, de caráter biocêntrico (ou mesmo ecocêntrico), ao propor-se a amparar a totalidade da vida e suas bases⁴⁸.

Dogmaticamente frágil porque o direito à saúde não se confunde com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: dividem uma área de convergência (e até de sobreposição), mas os limites externos de seus círculos de configuração não são, a rigor, coincidentes. Quase sempre quando se ampara o ambiente se está beneficiando a saúde humana. Sem dúvida, há aspectos da proteção ambiental que dizem respeito, de forma direta, à proteção sanitária. Assim é com o controle de substâncias perigosas e tóxicas, como os agrotóxicos; com a garantia da potabilidade da água e da respirabilidade do ar.

Aliás, mesmo no regime constitucional atual, permanece bem próxima a vinculação saúde-ambiente. Não se trata de aproximação que é feita somente na esfera doutrinária, mas decorre da letra da Constituição. Por exemplo, entre as competências do Sistema Único de Saúde, estão o controle, fiscalização e inspeção de "águas para consumo humano" (art. 200, VI), "produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos ... tóxicos e radioativos" (art. 200, VII), assim como a colaboração "na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" (art. 200, VIII)⁴⁹.

Mas, nem sempre é essa a hipótese. Inegavelmente, inúmeras vezes na intervenção do legislador ambiental, a saúde humana joga um papel secundário, periférico e até simbólico, como sucede com a proteção de certas espécies ameaçadas de extinção (o mico-leão dourado, p. ex.) ou de manguezais, no imaginário popular ainda vistos como ecossistemas malcheirosos e abrigo de mosquitos disseminadores de doenças. Em algumas

⁴⁸ A Constituição Federal de 1.988 refere-se à preservação e restauração de "processos ecológicos essenciais" (art. 225, par. 1, inciso I); evidentemente, "essenciais" à sobrevivência do planeta, como o conhecemos, concepção que ultrapassa a fórmula tradicional da sobrevivência do homem.

⁴⁹ Sobre o meio ambiente do trabalho, cf. Guilherme José Purvin de Figueiredo, *Direito Ambiental e a Saúde dos Trabalhadores*, São Paulo, LTr, 2000.

situações - a proibição, p. ex., da caça de espécies peçonhentas ou perigosas aos seres humanos, como o jacaré e a onça -, a determinação legal protetória chega mesmo a reduzir a segurança física imediata das populações que vivem nas imediações do *habitat* desses animais.

4. MODELOS DE NORMA CONSTITUCIONAL

Um estudo comparado dos regimes de proteção constitucional do meio ambiente vai identificar *cinco* bases comuns, que, de uma forma ou de outra e com pequenas variações, informam seus textos.

Primeiro, a adoção de um modelo garantista de qualidade ambiental, resumido na fórmula de direitos e deveres; segundo, a descrição, em maior ou menor escala, de uma nova dominialidade dos recursos naturais, crescentemente publicizada; terceiro, uma opção por processos decisórios abertos, bem-informados e democráticos, a previsão de uma espécie de devido processo ambiental (= *due process ambiental*) como regra geral; quarto, o compromisso (= dever) de não empobrecer a Terra e sua biodiversidade, com isso almejando manter as opções das futuras gerações⁵⁰; por derradeiro, a preocupação com a implementação, visando evitar que a norma constitucional ganha uma feição retórica.

Em termos formais, a proteção do meio ambiente na nossa Constituição Federal não segue um padrão normativo único. Ora o legislador utiliza-se da técnica da caracterização de *direitos* (p. ex., a primeira parte do art. 225, caput), ora faz uso da instituição de *deveres* explícitos (p. ex., todo o art. 225, par. 1º). Em alguns casos, tais enunciados normativos podem ser apreciados como princípios (p. ex., os princípios da função sócio-ambiental da propriedade rural e do poluidor-pagador, previstos, respectivamente, nos arts. 186, II, e 225, parágrafos 2º e 3º), noutros, como *instrumentos de execução* (p. ex., a previsão de Estudo Prévio de Impacto Ambiental, no art. 225, par. 1º, IV).

⁵⁰ Cf., no que se refere a esses dois últimos pontos, Joseph L. Sax, *The search... cit.*, p. 105.

Muito se fala da constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ora, tão importante - mas desprezada em comentários - é a previsão de *deveres* constitucionais relativos à proteção do ambiente, seja em favor dos próprios cidadãos e futuras gerações, seja em favor da própria natureza.

A Constituição Federal de 88, no seu art. 225, *caput* e par. 1o, traz um verdadeiro "caderno de encargos do Estado", para usar a expressão de Canotilho e Moreira⁵¹. Aliás, o art. 225 é pródigo em deveres estatais, mas também em obrigações dirigidas aos sujeitos privados.

Embora direitos e deveres sejam concepções correlatas na técnica jurídica, o *discurso dos direitos*, paradoxalmente, carrega menos força do que o *discurso dos deveres*; vale dizer, a implementação concreta e direta destes últimos termina por ser menos espinhosa.

5. CONCLUSÕES

Muitos países, entre eles o Brasil, já "ambientalizaram" suas constituições. A nossa Constituição, "em matéria de meio ambiente, situa-se em posição pioneira"⁵², dotada que está de "um dos sistemas mais abrangentes e atuais do mundo"⁵³. Contudo, como em tudo mais que diga respeito à norma constitucional, nossa tarefa "não é unicamente fazer a Constituição, mas cumpri-la"⁵⁴.

Aqui, como lá fora, o regramento jurídico-ambiental moderno deu dois saltos sucessivos. Primeiro, a publicização (ou desprivatização) do modelo de regulação, com a edição de leis de comando-e-controle, como a

⁵¹ J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 39.

⁵² Vladimir Passos de Freitas, *Direito Administrativo e Meio Ambiente*, 3ª edição, Curitiba, Juruá, 2001, p. 33.

⁵³ Édis Milaré, *Direito do Ambiente*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 211.

⁵⁴ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, 5ª edição, São Paulo, Malheiros, p. 162.

Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981. Segundo, a constitucionalização, com a passagem da ordem jurídica *legalizada* para a ordem jurídica *constitucionalizada*.

É por aí que, a partir de 1988, abandona-se o eixo antigo da *legalidade*, transformada esta em simples elemento (dependente) da *constitucionalidade*. Nesse novo paradigma, a constitucionalidade substitui a legalidade em sua função de veículo ou porta-voz dos valores essenciais da sociedade⁵⁵.

Só isso, já bastaria para exigir de todos nós um cuidado - e obediência - maior com o texto constitucional.

⁵⁵ Louis Favoreu *et alii*, *ob. Cit.*, p. 345.